



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Krav til ytelsen/teknisk spesifisering

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling etter forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, for inngåelse av rammeavtale om kjøp av kampuniformer til soldater. Klagers tilbud ble avvist med begrunnelse om manglende oppfyllelse av minstekrav i kravspesifikasjonen. Klager anførte at innklagede ikke hadde fulgt den prosedyre for testing som var angitt i konkurransegrunnlaget, at testingen av klagers uniformer ikke var godt nok dokumentert, og at innklagede hadde plikt til å gjennomføre ny testing. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 16. desember 2020 i sak 2020/709

Klager: Cooneen Defence Ltd

Innklaget: Forsvarsmateriell

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsmateriell (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. november 2017 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av kampuniformer (såkalt «*Nordic Combat Uniform*») til soldater, på vegne av Nordic Defence Cooperation¹ (heretter *NORDEF*CO). Anskaffelsens verdi var estimert til totalt 425 millioner euro, hvorav 100 til 150 millioner euro var beregnet å påløpe Norge v/Forsvarsmateriell.
- (2) Konkurransen var inndelt i flere faser, bestående av en prekvalifiseringsfase, med tre etterfølgende tilbudsfaser med forhandlinger. Frist for å søke om prekvalifisering var 9. februar 2018.
- (3) I konkurransegrunnlaget var det differensiert mellom såkalte «*Mandatory Requirements*» (også omtalt som M-krav) og «*Should Requirements*» (også omtalt som S-krav). Av betydning for saken gjengis følgende M-krav:

«ID 1 Overall performance»: «The NCU system SHALL enable the soldier to perform all military tasks, in all requested climate zones, cf. 1.2.1. (see examples of military tasks in Appendix A.1 NCU Scenarios).

«ID 12 Protection»: «The NCU system SHALL include one separate layer that protects the soldier against both wind and rainfall.

¹ Et forsvarssamarbeid mellom Norge, Danmark, Finland og Sverige.

«ID 65 Life expectancy»: «The European configuration, intermediate SHALL in everyday use have a minimum life expectancy of 12 months».

- (4) Det var videre opplyst om at de innleverte uniformene skulle gjennomgå grundig testing for å kontrollere oppfyllelse av kravene i kravspesifikasjonen. Resultatene fra testingen skulle leveres til et ekspertpanel, som så skulle evaluere oppfyllelse av de forskjellige kravene. Testingen omfattet både en brukertest og testing i laboratorium, herunder en såkalt klimakammertest. Dersom det ble ansett nødvendig for å komplementere testene, skulle det også gjennomføres ytterligere laboratorietester.
- (5) Sammen med de ovennevnte M-kravene var det oppgitt hvordan disse skulle verifiseres. For ID 1 og ID 65 skulle dette skje gjennom evaluering fra ekspertpanelet, og resultatene i brukertesten. For ID 12 skulle verifikasjonen utelukkende skje ved evaluering fra ekspertpanelet.
- (6) Beskrivelse av testene som skulle gjennomføres var inntatt i en egen testplan i konkurransegrunnlaget. I brukertesten skulle soldater fra samtlige nasjoner i NORDEFECO teste ut uniformene ved å benytte den som uniform til hverdagsbruk over en periode på seks måneder. For klimakammertesten var det oppstilt forhåndsbestemte parametere for det klimaet som skulle gjenskapes under testen, samt hva testsoldaten skulle gjøre. Det var også angitt at uniformen i forkant av klimakammertesten skulle vaskes og tørkes fem ganger. Det var presisert følgende om forvasken:

«Wash at 60 °C, and tumble dry at a normal temperature of 80 °C, except laminated fabrics; tumble dry at 70 °C».

- (7) Cooneen Defence Ltd (heretter *klager*) var blant dem som ble invitert til å inngi tilbud etter prekvalifiseringen. Totalt var det seks leverandører som ble prekvalifisert og som dermed fikk levere tilbud i den første tilbudsfasen. Fristen for å levere det første tilbudet var 14. september 2018. Innklagede reduserte deretter antall deltakere til fire, som fikk levere reviderte tilbud i den neste tilbudsfasen. Denne fasen hadde tilbudsfrist 22. februar 2019. Vareprøvene skulle også leveres innen denne fristen.
- (8) Klager leverte revidert tilbud og vareprøver innen utløpet av tilbudsfristen. I forkant av brukertesten fikk testsoldatene opplæring av klager i hvordan uniformen skulle brukes korrekt. Opplæringen ble gjennomført både ved muntlig presentasjon og demonstrasjon, samt ved utdeling av instruksjer på papir. For klagers uniform var det i instruksjonene på papir opplyst at samtlige plagg unntatt ulltøyet skulle vaskes på 60 grader, og tørkes i tørketrommel, uten spesifisering av temperatur for sistnevnte. På merkelappen med vaskeanvisning på flere av klagers plagg, herunder «*Waterproof Shell Pants*» og «*Waterproof Shell Jacket*», var det påført et tørketrommeltegn med to prikker i midten.
- (9) For klagers uniformer ble brukertesten gjennomført over en periode på seks måneder i utgangen av 2019 og første halvdel av 2020. Klimakammertesten ble gjennomført i november 2019 av Forsvarets Forskningsinstitutt (heretter *FFI*). I tillegg ble en supplerende test, en såkalt spray-test, gjennomført i april 2020 av Research Institute of Sweden (heretter *RISE*). For begge testene ble den forberedende vaskeprosedyren gjennomført av RISE.
- (10) Ved brev datert 14. august 2020 mottok klager brev om at deres tilbud var avvist som følge av manglende oppfyllelse av obligatoriske krav i kravspesifikasjonen. Ifølge

innklagede viste resultatene i bruker- og klimakammertestene, samt den supplerende spray-testen at plaggene «*Waterproof shell jacket*» og «*Waterproof shell pants*» ikke var i samsvar med kravene «*ID 1 Overall performance*», «*ID 12 Protection*» og «*ID 65 Life expectancy*».

- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. oktober 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor gitt prioritert behandling av nemnda.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. desember 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Det foreligger ikke grunnlag for avvisning etter forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (heretter *forskriften*). Avvisningsbeslutningen er basert på feil faktum, da innklagede ikke har fulgt den forberedende prosedyren før testing som var beskrevet i konkurransegrunnlaget. Dette underbygges av tester som er utført av uavhengige tredjeparter på klagers uniformer etter avvisningsbeslutningen. Innklagedes fremgangsmåte utgjør for øvrig brudd på lovens krav til etterprøvnbarhet, likebehandling og forutberegnelighet.
- (14) Videre er det ikke tilstrekkelig dokumentert hvilket program og hvilken temperatur klagers tilbudte uniform er tørket på. Dette utgjør et brudd på kravet til etterprøvnbarhet.
- (15) Det utgjør et brudd på forholdsmessighetsprinsippet at innklagede ikke har foretatt en ny testing av klagers tilbudte uniformer. Innklagede har plikt til å gjennomføre ny testing.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Avvisningen av klagers tilbud er rettmessig, da den er i henhold til både forskriften og prosedyrene i konkurransegrunnlaget. Det forelå en plikt til å avvise klagers tilbud. Under enhver omstendighet foreligger det en rett til å avvise tilbudet, da det inneholder uklarheter og uriktig informasjon. Det vises til at klagers plagg var merket med at de tålte tork i tørketrommel på 80 grader. Klagers ettersendte rapporter fra testing, som er gjennomført i etterkant av avvisningen, kan ikke vektlegges i vurderingen. Det er etter konkurransegrunnlaget kun resultater fra de oppgitte testene i testplanen som kan vektlegges.
- (17) Konkurransegrunnlaget stenger for å gjennomføre nye tester, og dette vil være i strid med likebehandlingsprinsippet. Forvasken og tørkingen før testene og gjennomføringen av brukertestene og klimakammertestene er uansett gjort i tråd med kravene i konkurransegrunnlaget. Det foreligger tilstrekkelig dokumentasjon på dette. Det vises for øvrig til at det ville ha vært byrdefullt og tidkrevende å gjennomføre nye tester, selv om eventuelle kostnader hadde blitt dekket av klager.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av kampuniformer til et skandinavisk forsvarssamarbeid, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 425 000 000 euro. I tillegg til lov om offentlige

anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser av 4. oktober 2013 nr. 1185 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av tilbud

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise deres tilbud. Klager har nærmere begrunnet dette med at innklagedes testing av klagers produkter er gjennomført feil, noe som har gitt utilfredsstillende resultater.
- (20) Det følger av forskriften § 11-13 (1) bokstav d at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget».
- (21) Hvorvidt tilbudet inneholder avvik beror på en objektiv tolkning av tilbudet, og er et spørsmål som nemnda i utgangspunktet kan prøve fullt ut. Avvik fra krav som konkurransegrunnlaget stadfester er ufravikelige, vil – i alle fall som et klart utgangspunkt – måtte anses som vesentlige, jf. blant annet kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett i LB-2010-115884.
- (22) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at M-kravene var obligatoriske, og at avvik fra disse ville medføre avvisning av tilbudet. Kravene «ID 1 Overall performance», «ID 12 Protection» og «ID 65 Life expectancy», som innklagede fremholder at klagers tilbud avviker fra, var alle slike obligatoriske krav.
- (23) Innklagedes begrunnelse for avvisning av klagers tilbud, er at klagers «Waterproof Shell Jacket» og «Waterproof Shell Pants» ikke oppfyller de ovennevnte M-kravene. Grunnlaget for denne konklusjonen er at produktene ikke oppnådde tilfredsstillende resultater i noen av testene som innklagede gjennomførte.
- (24) Innklagede gjennomførte som nevnt både en brukertest, en klimakammertest og en spray-test for klagers uniformer. I avvisningsbrevet var det gitt en oppsummering av de testresultatene som resulterte i avvisningen. I klimakammertesten hadde testsoldatene blitt våte fra starten av testen, og vannet trakk inn i det vanntette laget fremfor å renne av. Samtlige soldater ble våte og kalde under denne testen. I etterkant av denne testen var det vanntette laget av plaggene gjennomvått, og det ble funnet vann i samtlige lommer. Også plaggenes vekt økte vesentlig som følge av at de hadde absorbert mye vann. I rapporten fra den forberedende prosedyren i forkant av klimakammertesten, fremgår det at de vanntette/laminerte plaggene ble tørket på 70 grader. Dette var i henhold til den opplyste prosedyren.
- (25) Heller ikke resultatene fra brukertesten var tilfredsstillende. Testsoldatene hadde gitt tilbakemeldinger på at blant annet glidelåser raskt ble ødelagt, samt at uniformene ikke holdt regn og vind ute. Dette gjaldt både uniformer som hadde blitt vasket, og uniformer som enda ikke var vasket.
- (26) Klager har vist til at innklagede har plikt til å foreta nye tester av klagers uniformer, og har fremlagt testresultater fra tester som klager selv har fått gjennomført i etterkant av avvisningsbeslutningen. Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for at innklagede har en plikt til å gjennomføre nye tester. Konkurransegrunnlaget stenger også for at det gjennomføres nye tester. Det vil videre være i strid med regelverket å skulle ta hensyn til

de testresultatene klager har fremlagt, da disse ikke inngår i det vurderingsgrunnlaget konkurransegrunnlaget oppstiller.

- (27) Både brukertesten og klimakammertesten, som er dokumentert gjennomført i samsvar med prosedyren beskrevet i konkurransegrunnlaget, viste at klagers tilbud hadde avvik fra én eller flere av de tre ovennevnte M-kravene.
- (28) En vurdering av om innklagede, i disse testene, har gått frem på en riktig og forsvarlig måte, krever at klagenemnda gjennomfører tilsvarende tester av de aktuelle uniformene. En slik form for overprøving faller utenfor rammene for klagenemndas saksbehandling, som utelukkende er skriftlig, se til sammenligning sak 2020/72 avsnitt 35 og 41. Klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å overprøve resultatene i testene. I forlengelsen av dette har klagenemnda heller ikke grunnlag for å tilsidesette innklagedes vurdering av at klagers tilbud inneholdt vesentlige avvik. Klagenemnda ser det på denne bakgrunn ikke som nødvendig å gå inn på klagers anførsel om at innklagede, i den tredje og siste testen – spray-testen – gikk utenfor de rammene som var oppstilt i konkurransegrunnlaget.

Konklusjon:

Forsvarsmateriell har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk